

**LORENZO AGOSTINO**

## ***Overturing* della sentenza di proscioglimento nel giudizio abbreviato: per la Corte europea non è necessaria la rinnovazione istruttoria**

Il ribaltamento della sentenza di assoluzione operato dal giudice d'appello sulla base della mera rilettura delle carte processuali, ad avviso della Corte europea dei diritti dell'uomo, è convenzionalmente legittimo. La pronuncia, nell'escludere una garanzia che è invece riconosciuta dalle Sezioni unite della Cassazione, offre interessanti spunti per un'analisi delle ragioni sottese alla diversa impostazione seguita in materia dalle due Corti.

*Overturning of the acquittal in the summary trial: according to the European Court the appellate judge doesn't have to hear the witnesses.*

*The overturning of the acquittal made by the appellate court on the basis of a simple re-reading of the trial papers, in the European Court's view, is respectful of the European Convention. The decision, excluding a guarantee which is instead recognized by the Court of cassation, offers the opportunity to analyse the different approach followed by the two Courts in addressing the issue.*

**SOMMARIO:** 1. La vicenda. - 2. La decisione della Corte europea. - 3. Un passo indietro rispetto al caso Dan. c. Moldavia 2<sup>o</sup> - 4. La giurisprudenza europea e quella interna in materia di ribaltamento della sentenza in appello: un confronto. - 5. Alcuni profili critici.

1. *La vicenda.* Con la sentenza in commento<sup>1</sup>, la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata a confrontarsi con il tema delle garanzie processuali da assicurare in grado di appello in ipotesi di ribaltamento della sentenza di proscioglimento. L'occasione è stata offerta da un ricorso presentato da due soggetti italiani, i quali, accusati di aver commesso reati di associazione mafiosa, avevano chiesto al giudice dell'udienza preliminare di essere giudicati con il rito abbreviato. Dopo aver disposto *ex officio*, ai sensi dell'art. 441, co. 5, c.p.p., l'audizione di un collaboratore di giustizia, il giudice emetteva una sentenza di assoluzione poiché nessuna prova, a cominciare dalle dichiarazioni di alcuni pentiti escussi durante le indagini preliminari, consentiva di affermare che gli imputati fossero membri dell'organizzazione criminale.

In sede di secondo grado, promosso dal pubblico ministero, la corte d'appello riformava la pronuncia impugnata valorizzando, tra l'altro, i verbali

---

<sup>1</sup> Corte EDU, 25 marzo 2021, Di Martino e Molinari c. Italia, sulla quale si veda il commento di BUFFON, *Riforma in peius di sentenza resa in giudizio abbreviato e audizione dei testimoni. La Corte di Strasburgo precisa gli obblighi convenzionali ex art 6. Brevi note a Corte Edu, Sez. I, 25.03.2021 ric. nn. 15931/15, 16459/19, Di Martino e Molinari c. Italia*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

di sommarie informazioni dei pentiti, oltre che la deposizione resa dal testimone escusso in sede di udienza preliminare.

Avverso tale decisione veniva adita la Corte di cassazione, dinanzi alla quale la difesa si doleva della mancata assunzione delle fonti di prova nel corso del secondo giudizio. Il giudice di legittimità, tuttavia, rigettava il ricorso in quanto, essendosi proceduto con le forme dell'abbreviato, né il g.u.p., né la corte d'appello, erano tenuti ad avere un contatto diretto con i testimoni. Con riferimento al teste sentito dal giudice di primo grado, poi, ad avviso della Corte non si rendeva necessario escuterlo nuovamente in appello, perché gli elementi a carico dei ricorrenti erano numerosi e l'accertamento della responsabilità non era fondato in misura determinante su quelle dichiarazioni.

I condannati si rivolgevano, quindi, alla Corte europea dei diritti dell'uomo per non aver il giudice di seconda istanza, in violazione dell'art. 6, co. 1 e 3, C.E.D.U., proceduto all'audizione diretta dei testimoni a carico.

*2. La decisione della Corte europea.* Nel decidere il caso proposto, i giudici di Strasburgo hanno distinto l'omessa riassunzione della testimonianza disposta dal g.u.p. dalle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari dalle persone informate sui fatti e mai state sottoposte all'esame incrociato.

Sotto il primo profilo, la decisione era piuttosto prevedibile alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte europea in materia, in base alla quale, com'è noto, l'obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale scatta soltanto laddove il giudice di seconda istanza accordi un peso determinante alla testimonianza<sup>2</sup>. Nel caso di specie, invece, quella prova non era stata decisiva per affermare la responsabilità degli imputati, poiché aveva soltanto confermato il racconto di altri testimoni<sup>3</sup>.

Più inedite sono le riflessioni dei giudici alsaziani in merito al mancato esame dei soggetti sentiti nel corso delle indagini preliminari. La Corte di Strasburgo, preso atto della circostanza che i ricorrenti avevano consapevolmente richiesto di essere giudicati "sulle carte", ha ritenuto di dover discernere tra la fattispecie sottoposte e quelle - a partire da *Dan c. Moldavia* in poi, in cui dinanzi al giudice di primo grado si era invece proceduto all'escussione delle fonti di prova - che hanno permesso l'elaborazione di un vero e proprio sta-

---

<sup>2</sup> A sostegno di tali conclusioni, la Corte richiama una serie di pronunce in cui, all'opposto, è stata riconosciuta la violazione della disposizione convenzionale in ragione del carattere determinante delle testimonianze non rinnovate dal giudice di secondo grado. Cfr. Corte EDU, 5 luglio 2011, *Dan. c. Moldavia*, § 31; Corte EDU, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, § 37; Corte EDU, 22 ottobre 2020, *Tondo c. Italia*, §42.

<sup>3</sup> Cfr. Corte EDU, 25 marzo 2021, *Di Martino e Molinari c. Italia*, § 44, cit.

tuto in materia di rinnovazione istruttoria in appello. Difatti, con riferimento alle procedure semplificate, i principi dell'equo processo implicano unicamente, nei confronti degli ordinamenti che decidono di contemprarle, il divieto di privare arbitrariamente l'imputato che vi acceda dei vantaggi – quale lo sconto sanzionatorio – ad esse sottesi<sup>4</sup>, situazione che nel caso in esame non si era verificata.

La Corte europea, infine, non si esime dal confrontarsi con la giurisprudenza della Corte di cassazione – consolidatasi successivamente alla condanna dei ricorrenti – che, interpretando estensivamente l'art. 603 c.p.p., impone di ripetere l'istruttoria dibattimentale anche nell'ipotesi di ribaltamento della sentenza di proscioglimento nell'ambito del giudizio abbreviato<sup>5</sup>. Al riguardo, nel rigettare il ricorso dei prevenuti, il giudice adito si è limitato ad osservare come gli Stati membri siano del tutto liberi di approntare garanzie superiori rispetto a quelle contemplate dalla Convenzione<sup>6</sup>.

3. *Un passo indietro rispetto al caso Dan. c. Moldavia 2?* Le conclusioni cui è addivenuta la Corte europea con la sentenza in commento non stupiscono, tanto è vero che erano state ampiamente pronosticate dalla dottrina. In particolare, dal momento che il giudice di Strasburgo fa ricadere sull'imputato, al quale il procedimento speciale accorda rilevanti benefici, i rischi derivanti dalla scelta di un determinato modulo processuale – tra i quali rientra la possibilità che le prove orali non siano rinnovate<sup>7</sup> –, si era sottolineato come il ricorso di un soggetto condannato per la prima volta in un abbreviato d'appello sarebbe stato, con buona probabilità, destinatario di un provvedimento di rigetto<sup>8</sup>, cosa che è puntualmente avvenuta.

Ed in effetti, se è vero che i giudici europei hanno più volte ribadito che chi ha la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o sull'innocenza dell'imputato debba sentire personalmente le fonti di prova e saggiarne la credibilità<sup>9</sup>, dal momento che «la valutazione dell'attendibilità di un testimone

<sup>4</sup> V. Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia n. 2, § 139.

<sup>5</sup> Il riferimento va, anzitutto, a Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *Cass. pen.*, 2017, 2666, annotata da APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*.

<sup>6</sup> Cfr. Corte EDU, 25 marzo 2021, Di Martino e Molinari c. Italia, § 39, cit.

<sup>7</sup> Cfr. Corte EDU, 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia, § 77.

<sup>8</sup> In questi termini AIUTI, *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1437, il quale, inoltre, nel riferirsi alla sentenza Patalano, aveva evidenziato come la stessa apprestasse una tutela superiore rispetto a quella derivante dal sistema convenzionale.

<sup>9</sup> Tra le varie pronunce che si sono susseguite in materia ricordiamo: Corte EDU, 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia; Corte EDU, 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia; Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit.; Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu

è un'attività complessa che, normalmente, non può essere svolta mediante una semplice lettura del contenuto delle dichiarazioni di quest'ultimo, come riportate nei verbali delle audizioni»<sup>10</sup>; è parimenti vero che siffatti principi sono tutt'altro che dotati di un valore assoluto, posto che, sebbene la Convenzione richieda, prima di condannare un imputato, l'assunzione delle prove a carico in sua presenza in modo da consentire lo svolgimento di un adeguato contraddittorio, la Corte europea, nel rispetto di determinati requisiti e in presenza di situazioni particolari, ha aperto alla possibilità di derogare a queste regole<sup>11</sup>, giungendo – ad esempio – ad affermare in più di un'occasione la piena legittimità di talune condanne pronunciate senza ripetere l'attività istruttoria nonostante il mutamento della composizione del collegio giudicante<sup>12</sup>.

Ecco allora che, alla luce del tradizionale orientamento a più riprese asseverato dal collegio di Strasburgo, l'esito del giudizio instaurato dai ricorrenti era facilmente pronosticabile. Sennonché, non si può fare a meno di sottolineare come in questo quadro si sia inserito un nuovo arresto suscettibile di rendere meno scontato l'approdo della Corte. Il riferimento corre alla nuova pronuncia relativa al caso *Dan c. Moldavia*, in cui i giudici alsaziani sembrano essersi accostati alla garanzia dell'immediatezza con un atteggiamento diverso rispetto al solito<sup>13</sup>.

---

c. Romania; Corte EDU, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, cit. Queste decisioni sono disponibili all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/>. Per un'analisi delle sentenze della Corte europea in materia si vedano, tra gli altri, TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 239 ss.; AIUTI, *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1440 ss.; ID., *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, 1002 ss.

<sup>10</sup> Testualmente Corte EDU, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, § 43, cit. Per un commento alla decisione, BIONDI, *Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte EDU in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in *Cass. pen.*, 2017, 4556 ss., nonché AIUTI, *Corte europea e "motivazione rafforzata" nel caso Lorefice*, *ivi*, 2018, 682 ss.

<sup>11</sup> In proposito, Corte EDU, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, su cui si veda BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2837 ss.

<sup>12</sup> Per una panoramica delle pronunce con cui la Corte europea ha non di rado escluso la violazione della Convenzione in ipotesi di sostituzione del giudice persona fisica, v. BUZZELLI, CASIRAGHI, CASSIBBA, CONCOLINO, PRESACCO, *Art. 6. Diritto a un quo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2016, 225 ss.

<sup>13</sup> Corte EDU, 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia n. 2*, sulla quale si vedano i commenti di GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d'appello*, in *questa Rivista (web)*, 2020, 3; GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*, *ivi*; LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, *ivi*; MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, *ivi*; MORI, *A volte ritornano: Dan contro Moldavia e il cortocircuito della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, tra principi consoli-*

Anteriormente a quest'ultimo intervento, infatti, a livello convenzionale tale principio, anche in ragione delle caratteristiche dell'accertamento cui è chiamata la Corte, adita laddove un soggetto condannato lamenti una lesione dei propri spazi di contraddittorio, era considerato alla stregua di una garanzia subiettiva, cioè «come luogo privilegiato della difesa, non tanto come condizione imprescindibile di un accurato accertamento da parte del giudice»<sup>14</sup>. La sentenza da ultimo menzionata, invece, è parsa poter aprire una nuova pagina, in cui l'immediatezza «va oltre quel diritto "soggettivo" al confronto con il proprio accusatore»<sup>15</sup>. L'intuizione nasce dalla circostanza che il giudice europeo ha riscontrato una violazione dell'art. 6 C.E.D.U. malgrado il ricorrente, condannato per la seconda volta in sede d'appello, avesse prestato il proprio consenso, desunto dalla mancata opposizione dello stesso, alla lettura delle dichiarazioni rese dai testimoni a carico nel corso del dibattimento di primo grado.

Ebbene, alla luce di un provvedimento del genere, viene da domandarsi se – al netto delle differenze tra le due situazioni, posto che la domanda espressa di essere giudicato allo stato degli atti quale presupposto per l'attivazione del rito abbreviato non può essere del tutto equiparata all'omesso rifiuto nei confronti della lettura dei verbali di prova da parte di un imputato che ha scelto la procedura ordinaria – la sentenza in commento, nell'escludere la doverosità della rinnovazione qualora si proceda con le forme contratte, non rappresenti un passo indietro rispetto alle recenti affermazioni della Corte europea.

Certamente, il motivo della differente risposta data nell'uno e nell'altro caso deve essere rintracciato nelle caratteristiche della tutela offerta dal giudice al-saziano, che decide sulla vicenda concreta e che opera seguendo una (non sempre apprezzata<sup>16</sup>) logica – particolarmente evidente in tema di immedia-

---

*dati e nuove tentazioni cartolari*, in *Giur. pen.*, 2020, 12; PARLATO, *La seconda puntata del "caso Dan": la Corte europea insiste sull'effettività della rinnovazione in appello*, in *ilPenalista*, 25 gennaio 2021.

<sup>14</sup> Così AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3965. Al riguardo si legga anche ID., *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1440.

<sup>15</sup> In questi termini MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2*, cit., 6.

<sup>16</sup> Disapprova questo tipo di approccio della Corte europea NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 558, il quale, dopo aver ricordato la genesi dell'organo quale strumento di reazione ai totalitarismi, osserva che esso ha «tradito l'ispirazione originaria rendendosi protagonista del carosello dei bilanciamenti, della giostra perenne delle compensazioni il cui esito è quello di ammorbidire, di rendere flessibile la tutela dei diritti del singolo». Il problema diventa ancor più grave quando a livello interno la giurisprudenza impiega le stesse tecniche per comprimere le garanzie processuali: è quanto avvenuto, com'è noto, con la sentenza 29 maggio 2019, n. 132, con cui la Corte costituzionale ha «trasforma[to] in regola interna di pronta applicazione le conclusioni raggiunte dal collegio di Strasburgo circa l'equità processuale, dall'ottica europea

tezza – fatta di continui bilanciamenti tra interessi contrapposti. Ebbene, ragionando per compromessi, se è senz’altro condivisibile l’affermazione della legittimità del rito abbreviato di per sé considerato, facendo leva sui vantaggi che da esso possono derivare in favore dell’imputato; altrettanto non sembra potersi dire con riferimento all’ipotesi in cui il giudice d’appello riformi in senso peggiorativo la sentenza di primo grado alla luce di una diversa valutazione delle deposizioni rilasciate dalle persone informate sui fatti durante le indagini preliminari: in casi del genere, il rispetto del principio di immediatezza – inteso come parametro oggettivo – doterebbe la sentenza d’appello di una maggiore affidabilità.

4. *La giurisprudenza europea e quella interna in materia di ribaltamento della sentenza in appello: un confronto.* Quale che sia il significato dell’immediatezza nella giurisprudenza della Corte europea, la sentenza qui esaminata induce a interrogarsi sulle ragioni sottese alla diversa impostazione seguita a livello sovranazionale e interno con riferimento alla questione del ribaltamento della sentenza di proscioglimento nel contesto del giudizio abbreviato.

Come visto, alla base dei principi elaborati dal giudice europeo in questa materia si registra una particolare attenzione nei confronti dei parametri dell’oralità e dell’immediatezza, dal cui rispetto dipende, di regola, l’equità della condanna in appello del soggetto in precedenza assolto<sup>17</sup>. Dal canto suo, invece, la Corte di cassazione, nell’intraprendere un percorso di adeguamento del sistema italiano, poco incline ad ammettere lo svolgimento di attività probatoria in sede di seconda istanza, agli arresti della Corte di Strasburgo in tema di *overturning* della decisione di primo grado, ha soffermato la propria attenzione su altri valori. Nello specifico, il giudice di legittimità, riunito nel suo massimo consesso, ha ritenuto di imporre l’obbligo di rinnovazione

---

valutata complessivamente, a posteriori e assumendo come parametro gli *standard* minimi di garanzia previsti dalle norme pattizie» (così ID., *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *questa Rivista (web)*, 2019, 2, 5). Parimenti critica, sul punto, è GARGANI, *Istanze di dellazione, principio di immediatezza e... smaterializzazione del processo penale*, in *Istanze di dellazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di De Francesco, Gargani, Marzaduri, Notaro, Torino, 2019, 224, a parere della quale il principio di legalità dovrebbe indurre a respingere «le tecniche di bilanciamento “Strasburgo style”, di cui fanno frequente sfoggio gli organi all’apice del nostro sistema giudiziario».

<sup>17</sup> Ad avviso di BELLUTA, LUPARIA, *La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale tra legge e giurisprudenza: punti fermi...e non*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Canzio, Bricchetti, Milano, 2019, 352, nella giurisprudenza della Corte «oralità e immediatezza assurgono [...] a strumenti dell’attività di giudizio».

istruttoria ponendo l'accento non tanto sui canoni del "giusto processo", quanto piuttosto sul principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", diretto corollario della presunzione di non colpevolezza consacrata dall'art. 27, co. 2, Cost., il cui rispetto impone di «replic[are] l'andamento del giudizio di primo grado», poiché soltanto il contatto diretto tra il giudice di seconda istanza e la fonte di prova può consentire di fugare ogni incertezza in ordine alla responsabilità dell'imputato e, quindi, di sovvertire il risultato liberatorio del primo giudizio<sup>18</sup>. Tale conclusione - ad avviso dell'organo nomofilattico - avrebbe dovuto riguardare anche l'impugnazione della sentenza di proscioglimento emessa in sede di rito abbreviato, mentre non avrebbe interessato l'ipotesi della riforma della decisione di condanna in proscioglimento, poiché in tal caso non viene in gioco la regola scolpita all'interno dell'art. 533 c.p.p.<sup>19</sup>.

Il diverso approccio della Cassazione rispetto a quello seguito a livello sovranazionale non ha mancato di suscitare una certa fibrillazione a livello giurisprudenziale, tanto da rendere necessari altri interventi delle Sezioni unite. Difatti, proprio nel valorizzare lo schema proposto dalla Corte europea, in alcune pronunce si è ritenuto di non procedere alla rinnovazione istruttoria in ipotesi di appello del p.m. avverso l'assoluzione pronunciata nel rito abbreviato non condizionato, dal momento che «i principi fondamentali della oralità della prova, della immediatezza della sua formazione davanti al giudice chiamato a decidere e della dialettica delle parti non costituiscono un dogma processuale ma possono essere sacrificati, per scelta dello stesso imputato, in funzione dei vantaggi assicurati dal rito stesso»<sup>20</sup>; in altri provvedimenti, invece, in considerazione del fatto che l'obbligo della corte d'appello di ripetere l'assunzione della testimonianza è il riflesso del principio di immediatezza, si è avuto modo di affermare la sussistenza di un simile dovere anche nel caso inverso dell'impugnazione della sentenza di condanna per ragioni afferenti alla credibilità di una fonte dichiarativa<sup>21</sup>.

Poste dinanzi a siffatti rilievi, le Sezioni unite hanno scelto di non tornare sui propri passi, mantenendo ferma la propria posizione tanto con riferimento al rito abbreviato, quanto in relazione al ribaltamento della sentenza di condan-

---

<sup>18</sup> V. Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, § 8, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di LORENZETTO, Reformatio in peius *in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite*.

<sup>19</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, §§ 8.1 e 8.4, cit.

<sup>20</sup> Cass., Sez. II, ord. 28 ottobre 2016, Patalano, § 4.3, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2017, con commento di LUPÀRIA, BELLUTA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta*. In senso conforme, Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, C.S., in *Dejure.it*

<sup>21</sup> Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, M.A., in *Dejure.it*.

na<sup>22</sup>, ribadendo concetti in buona sostanza cristallizzati dall'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., introdotto dalla L. 23 giugno 2017, n. 103<sup>23</sup>.

5. *Alcuni profili critici.* Il quadro risultante dagli interventi delle Sezioni unite e del legislatore, anche alla luce dell'arresto della Corte alsaziana in commento, induce ad una riflessione. Infatti, non si può fare a meno di rilevare come, alla luce dell'art. 111, co. 4 e 5 Cost., sarebbe ragionevole far coincidere le modalità di svolgimento del primo e del secondo grado di giudizio: l'opzione per il rito ordinario dovrebbe avere delle ripercussioni sul giudizio di seconda istanza, così come la rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova, laddove si opti per il giudizio contratto, dovrebbe logicamente investire anche l'appello<sup>24</sup>.

Contro questo tipo di parallelismo circa gli schemi da applicare nel corso dell'attività istruttoria, si è osservato che la volontà dell'imputato di procedere "allo stato degli atti" non ha sempre e comunque dei riflessi sul giudizio di seconda istanza, soprattutto allorché tra i due gradi del processo si inserisca una sentenza di proscioglimento, il rispetto della quale «impone di riassumere le prove decisive, le quali meritano il metodo orale e immediato perché di esso si nutre il convincimento di quell'organo giudicante che debba persuadersi di qualcosa di cui non si è convinto il giudice che lo ha preceduto nell'attività di giudizio»<sup>25</sup>. In effetti, in un'ottica di rafforzamento dei presidi di

<sup>22</sup> Si vedano, rispettivamente, Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit., e Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 aprile 2018, con nota di GALANTINI, *La Riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise*.

<sup>23</sup> Infatti, nello stabilire che «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale», «il legislatore ha in sostanza tentato di positivizzare quanto precedentemente statuito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione». Così, testualmente, GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 188.

<sup>24</sup> È critico rispetto all'estensione dell'obbligo di rinnovazione ai casi in cui si proceda con il giudizio abbreviato, TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, 3668, il quale rileva che «considerate le coordinate costituzionali [...] l'accertamento svolto - nell'ambito di un procedimento regolato dalla legge - su prove non assunte in contraddittorio per consenso dell'imputato è certamente in grado di vincere ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato e compatibile con la presunzione d'innocenza».

<sup>25</sup> In questi termini BELLUTA, LUPÀRIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 157, i quali sottolineano altresì che «il ribaltamento della pronuncia assolutoria operata sulla scorta di una identica valutazione cartolare del costrutto probatorio già a disposizione del giudice di prime cure rischia di contenere in sé un implicito dubbio ragionevole: quello determinato dalla avvenuta adozione di decisioni contrastanti a geometria probatoria invariata».



tutela dell'imputato prosciolto, è del tutto logico richiedere alla corte d'appello un'attenzione particolare laddove si discuta della credibilità della fonte di prova le cui dichiarazioni siano state oggetto di una mera lettura da parte del g.u.p.<sup>26</sup>, tanto è vero che la Corte costituzionale, richiesta di verificare le legittimità dell'art. 603, co. 3-*bis*, nella parte in cui impone la rinnovazione istruttoria anche in relazione al giudizio abbreviato, non ha ritenuto fondata la questione, ponendo l'accento proprio sul valore che in questa materia viene ad assumere la presunzione di non colpevolezza<sup>27</sup>.

Ad ogni modo, la circostanza che la giurisprudenza, a salvaguardia della figura dell'imputato, abbia valorizzato la regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" per estendere il diritto alla rinnovazione istruttoria anche al soggetto assolto in sede di abbreviato non implica automaticamente che, allora, siffatto canone debba essere posto al centro del sistema in modo tale da poter giustificare l'esclusione delle stesse garanzie per il caso del ribaltamento della sentenza di condanna: come suggerito dalla decisione della Corte europea in commento, il *focus* deve essere mantenuto su quei parametri, l'oralità e l'immediatezza, che - ad avviso del giudice di Strasburgo - esigono dal giudice d'appello la rinnovazione della prova. In altre parole, un conto è far riferimento alla presunzione di colpevolezza per innalzare la tutela del prosciolto, altro conto è piegarla per negare al condannato la riassunzione della prova in appello<sup>28</sup>.

La contraddizione insita nel ragionamento delle Sezioni unite, peraltro, emerge con chiarezza in quell'orientamento di legittimità che reputa (giustamente) necessario provvedere alla ripetizione dell'attività istruttoria anche laddove in secondo grado non abbia luogo il ribaltamento della sentenza di proscioglimento, ma una mera riforma peggiorativa della statuizione del primo giudice, rappresentata, ad esempio, dalla riqualficazione del fatto con conseguente condanna dell'imputato precedentemente raggiunto da una sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione<sup>29</sup>. In questo caso,

---

<sup>26</sup> Giudica positivamente l'arresto della Corte di cassazione in tema di rito abbreviato, DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, in *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, delazione, restaurazione*, a cura di Ranaldi, Pisa, 2019, 206 ss.

<sup>27</sup> Cfr. Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124, § 4.1, in *Cass. pen.*, 2019, 3603, con nota di APRILE, *Osservazioni a C. Cost.*, 20 marzo 2019, n. 124.

<sup>28</sup> In proposito, si vedano le riflessioni di GAITO, LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in *questa Rivista (web)*, 2017, 3, 20 ss., i quali, nel criticare l'impiego della regola di cui all'art. 533 c.p.p. da parte della Cassazione, si interrogano sul perché «l'imputato assolto in primo grado abbia diritto ad un equo processo di appello», mentre quello condannato debba «accontentarsi di un secondo grado di qualità inferiore».

<sup>29</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 8 maggio 2017, in *questa Rivista (web)*, 2017, 3, con commento di CANESCHI, *Rinnovazione istruttoria anche in caso di reformatio in peius parziale: l'inarrestabile metamorfosi*

a ben vedere, non siamo di fronte ad un problema di ragionevole dubbio, posto che la declaratoria di estinzione del reato dovuta al decorrere del tempo presuppone l'accertamento della responsabilità del soggetto. Semmai, in ipotesi del genere emerge una questione di rispetto del diritto di difesa e di opportunità di osservare le modalità di formazione della prova praticate in primo grado onde assicurare l'affidabilità del provvedimento finale<sup>30</sup>.

L'eterogeneità dei mezzi impiegati dal giudice di legittimità, la cui impostazione è stata sposata dal legislatore, e dalla Corte di Strasburgo per affrontare la questione dell'*overturning* della sentenza di proscioglimento non ha un interesse puramente teorico, ma è suscettibile di produrre conseguenze pratiche di non poco momento sul piano dell'equilibrio complessivo dei poteri delle parti nel contesto del giudizio d'appello.

In particolare, nel circoscrivere l'obbligo di rinnovazione alla sola ipotesi del gravame esperito del p.m. avverso la sentenza di proscioglimento, la giurisprudenza e la "riforma Orlando" hanno avuto il demerito di guardare alla riassunzione della prova dichiarativa soltanto come strumento di salvaguardia dell'imputato, al fine di consentirgli di partecipare nuovamente all'esame incrociato della fonte di prova dinanzi al giudice chiamato a rivalutarne la responsabilità, senza tuttavia tenere in adeguata considerazione le potenzialità persuasive offerte dal metodo dialettico di formazione della prova. Detto altrimenti, poiché il *surplus* istruttorio è doveroso unicamente in relazione all'appello dell'accusa, quest'ultima appare dotata di un potere estremamente efficace per perorare la propria causa, in assenza di adeguate contromisure in favore dell'imputato<sup>31</sup>, la cui posizione, se confrontata con quella della parte pubblica, risulta essere compromessa tanto nel caso in cui si discuta della riforma dell'assoluzione, quanto della condanna<sup>32</sup>.

---

*dell'appello.*

<sup>30</sup> A tale proposito TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *questa Rivista (web)*, 2017, 2, 5, rileva lo scarto sussistente tra l'impostazione sposata da questa pronuncia e quella fatta propria delle Sezioni unite Dasgupta: «la prima evoca il principio di immediatezza e conduce a ritenere obbligatoria la riapertura dell'istruttoria anche in caso di riforma di una sentenza di condanna, persino in *melius*; la seconda trova la propria ragione giustificativa nella presunzione d'innocenza e, collegando la rinnovazione della prova all'esigenza di accertare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, ne limita l'ambito di operatività alle ipotesi di riforma pregiudizievole per l'imputato».

<sup>31</sup> Come evidenziato da BALSAMO, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *La riforma delle impugnazioni penali*, a cura di Pulvirenti, Torino, 2018, 179, il rischio è quello di esporre l'imputato «alla particolare forza di convincimento tipica del contatto diretto tra il giudice e il dichiarante, contrapponendovi soltanto la lettura (magari soltanto potenziale) di precedenti deposizioni trasfuse nelle carte processuali».

<sup>32</sup> Come osservato da CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6,

Rispetto alla prima ipotesi, mentre al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 603, co. 3-*bis*, per ottenere la riassunzione della prova, che è sostanzialmente «automatic[a]»<sup>33</sup>, è sufficiente lamentarsi della valutazione del primo giudice in ordine al resoconto di una fonte di prova, l'imputato, al fine di ottenere la riammissione di altre prove, diverse da quelle su cui si sono concentrati i motivi d'appello dell'organo dell'accusa, deve passare attraverso le strettoie del primo e del terzo comma dell'art. 603. D'altronde, benché il nuovo co. 3-*bis* di tale articolo si esprima in termini di «rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale», le Sezioni unite hanno specificato come questa formula, lungi dall'aprire le porte ad una riedizione dell'attività istruttoria già svolta in primo grado, non imponga di acquisire nuovamente tutte le prove, ben potendo essere escussa la sola «fonte la cui dichiarazione sia oggetto di una specifica censura da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta di una nuova valutazione da parte del giudice d'appello». Per il resto – prosegue il giudice di legittimità – un eventuale ulteriore segmento istruttorio potrà essere disposto qualora lo si ritenga assolutamente necessario ex art. 603, co. 3, c.p.p.<sup>34</sup>.

Con riferimento alla seconda, l'imputato che presenti appello avverso una sentenza di condanna non può avere accesso alla rinnovazione istruttoria con la stessa facilità dell'accusa, determinandosi un'evidente disparità tra i due soggetti necessari del processo quanto a strumenti utilizzabili per ottenere la modifica della sentenza che li vede – per utilizzare una pur criticata ma efficace espressione della Corte costituzionale<sup>35</sup> – rispettivamente “soccombenti”.

La dottrina ha sin da subito colto questo pericolo insito, in particolare, nell'art. 603, co. 3-*bis*, che attribuisce alla procura un vero e proprio «diritto potestativo»<sup>36</sup> alla riassunzione delle prove orali erroneamente valutate in primo grado, di modo che la corte d'appello possa avere un contatto diretto con il teste, del quale dovrà saggiare la credibilità. Al contrario, l'imputato rimane dotato della esclusiva facoltà di sollecitare i giudici a utilizzare i poteri istruttori conferiti loro dall'art. 603<sup>37</sup>. In altri termini, non si comprende per quale

---

52, «la critica dell'assoluzione si avvale di regola di una nuova escussione incrociata, in cui il pubblico ministero potrà tentare di mettere in luce le incoerenze dei testimoni considerati attendibili in primo grado. Non così accade nel caso inverso».

<sup>33</sup> Utilizza questa espressione, CANESCHI, *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 841.

<sup>34</sup> Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit.

<sup>35</sup> Il riferimento corre a Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, in *Giur. cost.*, 2007, 221.

<sup>36</sup> Impiega questo termine CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, a cura di Bargis, Belluta, Torino, 2018, 68.

<sup>37</sup> Ancora, CAPONE, *Appello del pubblico ministero*, cit., 77. Nello stesso senso CERESA-GASTALDO, *La*

ragione il condannato non possa usufruire dello stesso armamentario a disposizione del p.m. ai fini della riforma delle pronunce di proscioglimento<sup>38</sup>. In definitiva, alla luce dei non secondari profili di criticità sollevati dalla limitazione del diritto alla prova in appello in capo al pubblico ministero, frutto di una scarsa attenzione nei riguardi dei principi di oralità e immediatezza, si rende quantomai opportuno un ripensamento del rimedio, volto a consentire anche all'imputato la possibilità di stimolare una nuova audizione della fonte dichiarativa della cui credibilità abbia, a ragione, motivo di dubitare<sup>39</sup>. Del resto, non si può fare a meno di rilevare come l'appello sia un mezzo di impugnazione orientato anzitutto alla tutela della figura dell'accusato, come emerge, anzitutto, dalla giurisprudenza della Consulta, che anche di recente ha avuto occasione di ribadire la diversa quotazione costituzionale del potere di impugnazione delle due parti necessarie del processo penale: privo di autonomia copertura nell'art. 112 Cost. - e, dunque, più "malleabile", in funzione della realizzazione di interessi contrapposti - quello della parte pubblica; intimamente collegato, invece, all'art. 24 Cost. - e, dunque, meno disponibile a interventi limitativi - quello dell'imputato<sup>40</sup>. Senza contare come le fonti internazionali cui il nostro ordinamento aderisce - art. 2 Prot. n. 7 C.E.D.U. e, soprattutto, art. 14, co. 5, P.I.D.U.<sup>41</sup> - riferiscano il diritto ad impugnare esclusivamente a colui che sia destinatario di una sentenza di condanna<sup>42</sup>.

---

*riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte dellative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 168, e NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 314 ss. *Contra* BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, in *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, a cura di Baccari, Bonzano, La Regina, Mancuso, Padova, 2017, 417, ad avviso del quale, anzi, la disposizione condiziona l'accoglimento delle critiche del p.m., anche laddove fossero del tutto persuasive, all'espletamento di attività istruttoria.

<sup>38</sup> Critiche, da questo punto di vista, sono le osservazioni di GAITO, LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito*, cit., 23, i quali sottolineano come i vantaggi attribuiti al p.m. dall'art. 603, co. 3-bis, non siano riconosciuti all'imputato che «pur convinto dell'errore della condanna basata su dichiarazioni suscettibili di diversa valutazione, vede il suo diritto alla confutazione orale innanzi al giudice della decisione, aprioristicamente escluso».

<sup>39</sup> In proposito si vedano FERRUA, DANIELE, NEGRI, LORUSSO, *L'avvenire del processo penale. Tre voci a confronto*, in *Leg. pen.*, 10 aprile 2020, 22 ss., in cui, dopo essere stata suggerita l'introduzione di un filtro in entrata anche in sede di seconda istanza, si è evidenziato come «qualora un appello contro una condanna fosse dichiarato ammissibile, la riassunzione orale delle prove dichiarative dovrebbe operare in modo incondizionato», atteso che «l'immediatezza è una garanzia di attendibilità della decisione penale, ed è fondamentale per comprendere se gli eventuali dubbi sulla colpevolezza sorti in appello possano davvero dirsi ragionevoli».

<sup>40</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 34, in *Sist. pen.*, 27 maggio 2020, con nota di SANTALUCIA, *Il futuro dell'appello nelle ragioni di compatibilità costituzionale della riforma Orlando*.

<sup>41</sup> Se dalla prima disposizione non si può evincere un diritto ad un'impugnazione di merito, a conclu-

Si tratta di indicazioni di cui non si può non tenere conto nell'analisi della disciplina del giudizio di seconda istanza e che devono portare al superamento dell'attuale assetto, la cui scarsa razionalità emerge con evidenza proprio con riguardo della tematica della rinnovazione istruttoria, alla quale il giudice di legittimità, prima, e il legislatore, poi, hanno guardato con lenti diverse da quelle utilizzate dalla Corte di Strasburgo.

---

sioni diverse occorre addivenire con riferimento alla seconda, di cui il Comitato dei diritti umani ha offerto un'interpretazione piuttosto ampia. Cfr., tra le altre, Com. dir. um., Comun. n. 701/1996, 20 luglio 2000, Gomez Vazquez c. Spagna, consultabile all'indirizzo *juris.ohchr.org*. Al riguardo, v. RUGGERI, *La riforma delle impugnazioni al vaglio del diritto comparato*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, cit., 276 ss., nonché MAZZA, *L'appello necessario*, in *www.dirittodidifesa.it*.

<sup>12</sup> Per un'analisi delle disposizioni costituzionali e sovranazionali in materia di appello, in una prospettiva di tutela dell'imputato, v., da ultimo, DE CARO, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale dell'appello alla vigilia del dibattito parlamentare sulla riforma di parte del processo penale*, in *questa Rivista (web)*, 2020, 2.